

現代アメリカの保守主義憲法理論

——ボーク判事指名問題を契機に考える——

君 島 東 彦

I 本稿の課題

II 連邦裁判所判事の任命

一 大統領の指名と上院の「助言と承認」

二 ボーク判事指名問題

III ボークの保守主義憲法理論

一 *libertarianism* から「原意主義」へ

二 現代アメリカにおける保守主義憲法理論の成立

三 保守主義としての法実証主義

四 集団リベラリズム批判

五 リベラル派知識人批判——下からの改革

IV 結語

I 本稿の課題

一九八〇年の大統領選挙におけるロナルド・レーガンの勝利は、疑いなくアメリカ史の一つの転機となるものである。

る。これは保守主義イデオロギーが執行府を占拠し、一九五〇年代に始まった「保守主義ルネサンス」⁽¹⁾が総仕上げの段階に入ったことを意味する。レーガンは一九八四年の選挙でも圧勝し、二期八年にわたって「レーガン革命」を推進した。

レーガン政権八年の成果のうち、とりわけ重要なのは連邦裁判所の「改革」である。エドウィン・ミース司法長官⁽²⁾の補佐を得て、レーガン大統領は連邦裁判所の判事を多数任命した。レーガンはホワイトハウスを去ったが、彼が任命した保守派の裁判官がいま連邦裁判所を支配しており、アメリカ法を大きく変えつつある。

任期も残り一年となった一九八七年、レーガン大統領は連邦最高裁のパウエル裁判官の後任としてロバート・H・ボーク連邦控訴裁判所判事を指名したが、大統領の指名に「助言と承認」を与える上院がこの指名の承認を拒否したことがあった（ボーク指名問題⁽³⁾）。本稿は、連邦裁判所判事任命の状況を概観したのち、上院によって連邦最高裁の裁判官にふさわしくないと判断されたボーク判事の憲法理論の特徴を検討しようとするものである。

Ⅱ 連邦裁判所判事の任命

一 大統領の指名と上院の「助言と承認」

連邦裁判所の判事の任命について、合衆国憲法第二条第二節は次のように規定している。「大統領は、……最高裁判所の裁判官、および……他のすべての合衆国の公務員を指名し、上院の助言と承認を得て、これを任命する」。連邦地方裁判所・連邦控訴裁判所の判事、連邦最高裁判所の裁判官はすべて、この規定に基づいて任命される。憲法第二条は大統領に関する規定で、その第二節は大統領の権限を列挙するものである。第二節は三つの項に分かれており、

判事の任命については第二項に書かれている。第二項に規定された大統領の権限、すなわち条約を締結する権限と合衆国の公務員を任命する権限は、上院の助言と承認なしに行使用することはできない。憲法は条約締結権と公務員任命権を大統領と上院に共有させたのである（権力分立の一つ）。これは拒否権の行使によって大統領が立法過程に関与しうることとパラレルの関係にあるといつてよい（憲法第一条第七節）。ただし両者には重要な違いがある。連邦議会は大統領の拒否権を三分の二の多数で乗り越えることができるのに対して、大統領は条約締結・公務員任命に関する上院の拒否を乗り越えることができない。

大統領は就任の際に「全力を尽くして合衆国憲法を維持し、保護し、擁護すること」を誓い（憲法第二条第一節）、その誓いどおりに職務を遂行することを要求されるが、その際、大統領は自分自身の憲法解釈をもっているから、大統領の憲法擁護は大統領自身の憲法観を実現するようなものとなるであろう。当然に、連邦裁判所の判事にも、大統領自身の憲法解釈・憲法観を実現するような者を指名することになる。他方で、上院議員もまた「宣誓または確約によって、この憲法を支持する義務を負」い（憲法第六条）、上院議員にも彼ら自身の憲法解釈・憲法観があるから、特に大統領の政党と上院の多数党とが異なる場合には、様々な問題に関して、大統領の憲法観と上院の憲法観との対立が生じる。連邦裁判所の判事の任命も、その一つである。実際に、合衆国憲法成立以来、連邦最高裁の裁判官の任命に関して大統領と上院が対立し、上院が大統領の指名を拒否した例は数多い。

一七九五年、連邦最高裁の初代長官ジョン・ジェイが辞任したのをうけて、ワシントン大統領は当時のアメリカで最もすぐれた法律家のひとりジョン・ラトレッジをジェイの後任に指名した。ラトレッジは上院がその数週間前に批准した英国とのジェイ条約を非難した点を問題とされた。上院の多数を占めたフェデラリストはこの条約を支持するかどうかで敵・味方が識別されると考えたので、上院はラトレッジを一四対一〇で拒否した。法律家としての資質に

ついでにはラトレッジはまったく問題とされなかったが、上院議員の多数と政治的立場を異にしたために拒否された。大統領の指名を拒否した一四人の上院議員のうち三人は合衆国憲法の署名者であり、しかもその三人の中には、フィラデルフィアの憲法制定会議で重要な役割を果たし、後に自分自身が連邦最高裁長官となるオリヴァー・エルズワースも含まれている。⁽⁵⁾このラトレッジの例を含めて、一七八九年から一八九四年までの一〇六年間に、上院は大統領が指名した八五人のうち、二〇人を拒否している。

一八九四年から一九六七年までのあいだ、上院は大統領が指名した四五人に承認を与えた。この間に上院が拒否したのはフーヴァー大統領が指名したジョン・パーカーのみである。もともと一九一六年にウィルソン大統領が指名したブランドイスが、激しく長期にわたる闘争の後に、ようやく上院の承認を得た、⁽⁶⁾というような事例はある（保守派の上院議員にとってブランドイスはリベラル過ぎた）。

しかし一九六八年になると上院は再び頻繁に拒否しはじめた。ジョンソン大統領はウォーレン長官の後任としてフォータスを、フォータスの後任としてソーンベリを指名したが、上院の支持が得られなかったため指名を撤回したし（一九六八年一〇月四日）、ニクソン大統領がフォータスの後任として指名したヘインズワースは五五対四五で上院によって拒否され（一九六九年一月二日）、同じくニクソンによって指名されたカーズウェルは五一対四五で拒否されている（一九七〇年四月八日）⁽⁷⁾。

二 ボーク判事指名問題

合衆国憲法成立以来、連邦最高裁が誰によって構成され、どのような判決を下すかはアメリカ国民の重大な関心事であり続けている。大統領は自分の憲法観を実現するために連邦最高裁の改組を絶えず試みてきた。レーガンもち

るん例外ではなく、レーガンはかなり意識的にウォーレン・コートの成果を覆すことを目指してワシントンに乗り込んできたとすら言い得る⁽⁸⁾。連邦最高裁レヴェルでは、レーガン大統領はステュアート裁判官の後任としてサンドラ・デイ・オコナーを、バーガー長官の後任としてレーンクイスト裁判官を、レーンクイスト裁判官の後任としてアントニン・スカリアを指名し、すべて上院の承認を得た。

しかしレーガンの連邦裁判所「改革」の真価は最高裁ではなくて、控訴裁判所・地方裁判所レヴェルの判事任命にある。レーガン大統領は八年の任期中に連邦控訴裁判所・地方裁判所の判事全体のほぼ半数（四〇〇名弱）を任命している⁽⁹⁾。そしてもちろん、レーガンの憲法解釈・憲法観を実現するような者が任命されている。連邦控訴裁判所・地方裁判所のレヴェルで、ウォーレン・コートの成果は切り崩されつつある。

さて、レーガンは一九八四年の大統領選挙でも圧勝したが、「連邦最高裁の保守化」が選挙公約の一つであったから、レーガン大統領にとつては、連邦最高裁の裁判官に保守派を指名することには「国民の支持」・「民主的な根拠」があり、保守派を任命するように国民から委任されている、という主張が成り立つであろう。しかしながら、一九八六年の連邦議会議員選挙の結果、上院は保守派裁判官の任命を好まない民主党が五四対四六で多数を占めているから、大統領の指名が民主党優位の上院によって制約されるべきこともまた憲法の要請である。レーガン大統領を選出する基盤となった保守派はレーガン大統領による連邦最高裁の「抑制」を当然に期待しているし、大統領選挙で破れたリベラル派は連邦最高裁の「逆転」の可能性について絶えず危機感を抱いている。

このような背景のもとに、一九八七年六月二六日、連邦最高裁のパウエル裁判官が引退を表明した。パウエル裁判官はニクソン大統領によって任命された南部人であるが、五対四の僅差で支持された妊娠中絶の権利やアフーマティヴ・アクションに関する近年の事件において決定的な「第五票」を投じていたので、後任人事はアメリカ国民の

重大な関心事となった。六月二十七日の『ニューヨーク・タイムズ』は「パウエル裁判官の辞任はレーガン大統領に最高裁の将来を決める歴史的な機会を与えた」と述べている。⁽¹⁰⁾

七月一日、レーガン大統領は、合衆国憲法第二条第二節に基づいてロバート・H・ボーク連邦控訴裁判所判事をパウエル裁判官の後任に指名した。その際レーガン大統領は、次の言葉を含む簡潔なステイトメントを発表した。

ボーク判事は、司法の自製の最も強力な主張者として知られていますが、裁判官の個人的な好みや価値判断は憲法解釈に入り込むべきではないと考える点で、私と見解を同じくします。司法の自製の原則とは、合衆国憲法のもとで立法はもっぱら議会に与えられた任務であり、裁判所の役割は法の解釈である、ということの意味します。⁽¹¹⁾

ロバート・ボークは、イェール・ロー・スクールで長年教え、ニクソン政権の司法次官をつとめたことがある。イェールの教授に戻っていた一九八二年、ボークはレーガン大統領によつて連邦控訴裁判所の判事に任命された。連邦控訴裁判所の判事の任命にも上院の助言と承認を必要とするが、このときはレーガン大統領のボーク指名はまったく問題なく上院の承認を得た。

一九八七年にレーガン大統領がボークを連邦最高裁裁判官に指名したことは、レーガン政権八年の司法行政・連邦裁判所「改革」の大きな枠組みの中に位置づけて、その意味を読み取らねばならないが、それにしても、なぜボークか。本稿の「Ⅲ ボークの保守主義憲法理論」のところでより詳細に述べるが、端的に言えば、ボーク理論が最もラディカルなウォーレン・コート批判なのでレーガン大統領とミース司法長官に選ばれたのである。

七月一日、レーガン大統領がホワイトハウスでボーク指名を発表した四五分後に、はやくもケネディ上院議員（民

主党、マサチューセッツ州選出、司法委員会のメンバー、リベラル派）は上院本会議場で、ボークを激しい言葉で非難し、上院はこの指名を拒否すべきである旨のステイトメントを発表した。⁽¹²⁾ このケネディ上院議員の「宣言」から最終的にボークを「阻止」するまで、リベラル派諸運動体は総力をあげて闘争を展開した。⁽¹³⁾

他方で、一九八〇年代の「レーガン革命」を支持する保守派にしてみれば、ボークこそ連邦最高裁の裁判官にふさわしい。「ロバート・ボークを最高裁に指名することで、ロナルド・レーガンは約束を守った」⁽¹⁴⁾。理論的・人的にはボークはネオ・コンサーヴァティヴとのつながりが深い、キリスト教ニューライトが声高にボーク支持を叫んだことが注目される。テレビ伝道師J・フォルウェルは八月四日にこう述べている。「我々は歴史の境目に立っている。我々の努力はいつも最高裁の入口で阻止されてきたが、ボーク指名はこの最も重要な最高裁に我々の影響を及ぼす最後の機会となるだろう」⁽¹⁵⁾。また「クリスチャン・ヴォイス」⁽¹⁶⁾は七月二七日に次のようなステイトメントを放送している。

一九八八年にレーガン大統領がホワイトハウスを去ったのちも保守的なアメリカを確保せよ。我々は一九三〇年以来初めて最高裁に保守派の多数を形成する絶好の機会を得たのである。American Civil Liberties Union が最近の八つの事件において妊娠中絶を容認する最高裁判決を勝ち得た際、パウエル裁判官が決定票を投じたのだということにあなたは気づいているか。ボーク判事を承認することがこれらすべてを変えるであろう。⁽¹⁷⁾

大統領が連邦最高裁の裁判官となるべき者を指名すると、まず上院の司法委員会がその指名を承認すべきかどうか、その者が連邦最高裁の裁判官にふさわしいかどうかを検討する（ボーク指名のとき上院司法委員会の構成は民主党八人、共和党六人であった）。上院司法委員会は、ヒアリングの場を設け、候補者自身を呼んで直接質問し、また法律

家を中心に様々な分野の人々を呼んで候補者についての意見を求める。ボークの場合、ボーク自身の証言は五日間に及び（九月一日―一九日）、証人は賛成側反対側を合わせて一二二人に達した（九月二一日―二三日、二五日、二八日―三〇日）⁽¹⁸⁾。委員会はヒアリングの後に賛否を票決し（一〇月六日、九対五でボーク拒否）、報告書を作成して委員会としての意見を述べる（一〇月一三日）。案件はその後上院本会議で討議・採決され、上院の意思が確定する（一〇月二三日、五八対四二でボーク拒否）。

ボーク指名に関して上院議員の投票行動を左右しようとするリベラル派諸運動体と保守派諸運動体の四カ月に及ぶ闘争は熾烈を極めた⁽²⁰⁾。ボークは、リベラル派は「助言と承認」のプロセスを許容されないまでに政治化した、と批判するが、むしろ上院議員を媒介にして「国民の意思が支配した」とみることができであろう⁽²¹⁾。

Ⅲ ボークの保守主義憲法理論

一 libertarianism から「原意主義」へ

ボークは一九五〇年前後のシカゴ大学で自己の思想を形成した。一九五〇年前後のシカゴ大学の思想的風土は、徹底した自由主義、実証主義、懐疑主義で特徴づけられる。これらの思想的潮流の影響を受けてシカゴ大学を終えたボークは、まず反トラスト法の法律実務に従事した。その後、イェール・ロー・スクールで教え始める。イェールではアレクザンダー・ビッケルと出会い、その強い影響を受けるようになる。一九八七年の上院司法委員会のヒアリングにおいて、ボークは一九六〇年代の自分の思想について次のように回顧している。

イエールで教え始めたとき、私は熱烈な自由市場主義者でした。私は古典派経済学に没入していました。取引は法によって規制するよりは各人に任せるほうがはるかによいという考え方です。私はこの原理を社会関係に適用しようという理論的な過ちを犯しました。……でも、自由市場主義者がlibertarianな原理を示すのはめずらしいことではありません。……当時私は、政府が個人に対して何かを強制するには一定の原則によって正当化されねばならない、と考えていましたが、この強制を正当化する哲学的な原則を見つけることができませんでした。⁽²³⁾

この発言は、ボークが一九六三年人権法 (Civil Rights Act of 1963) に反対したことをケネディ上院議員が非難したのに対して、ボークが弁明する文脈であられたものである。一九六三年人権法はビジネスにおける顧客差別を禁止する人種差別撤廃立法であるが、ボークは次のように述べてこの法律に反対した。

我々が議論すべきなのは、そのような立法によって犠牲にされる自由の損失についてであり、「この人権法のように」法によって道德を強制しようとすることの道德性について……である。……ここで自由の損失を見過ごそうとするのは、一つには、人種的な特徴に基づいて仲間を選ぶことは非理性的だという感情による。しかし、そのような判断の背後には、ある種の個人的な好みは理性的であり、他のものは非理性的である……という黙示的な自然法論がある。……問題は人種的な偏見や好みがよくいことかどうかではなくて、個人が自分の望む者と取り引きしたり、つきあったりする自由をもつべきかどうかである。⁽²⁴⁾

これはlibertarianismの立場である。アメリカの保守主義は自由⁽²⁵⁾（特に経済的自由）の保障、市場機構の擁護を大きな特徴とするが、libertarianismはそれを極限にまで押し進めたものである。ボークはlibertarianとして出発した

のであった。

上院司法委員会のヒアリングにおいて、デイコンツィーニ上院議員（民主党、アリゾナ州選出）が「いつあなたは libertarian であることをやめたのか」と尋ねたのに対して、ボークは一九六八年と一九七一年の間と答えている。『フォーチュン』誌一九六八年二月号に書いた論稿⁽²⁶⁾が libertarian の立場から書いた最後のものだという。「そして一九七一年までには、私はこの試み [libertarian の立場からする理論構築の試み。引用者注] を断念して、憲法制定者の意思をみなければならないと言うようになったのです」。一九七一年とはボークの憲法理論が最も原理的に提示された論文⁽²⁸⁾が発表された年である。以後、ボークは自己の憲法理論を「原意主義」⁽²⁹⁾として定式化するようになる。libertarianism から「原意主義」へというボークの変化は 그리스ウォルド判決⁽³⁰⁾（一九六五）に対する評価にあらわれている。一九六〇年代に libertarian として 그리스ウォルド判決を支持したボークは（私的領域への政府の介入の排除）、「原意主義」からする 그리스ウォルド判決の批判者へと転じたのである⁽³²⁾。しかしボークが保守主義者であることは最初から一貫している。

二 現代アメリカにおける保守主義憲法理論の成立

ここでボーク理論をより広い文脈の中においてみる。

よく言われるように保守主義は社会変革に対する抵抗として成立する。二〇世紀のアメリカにおいて、憲法理論の変革は、まずニューデールとリアリズム法学によって、そして「連邦最高裁に温存されたニューデール」としてのウォレン・コートによって、なされた（ニューデール・リベリズム）。

このリベリズムの憲法理論は *Caroline Products* 判決⁽³³⁾（一九三八）の脚注 4（および「二重の基準の理論」）に集

約的に表現されている。すなわち、①福祉国家的介入（連邦議会・大統領による。裁判所はそれを承認する。すなわち経済規制に対する極端な合憲性の推定）と②少数者・弱者の保護（強力な平等主義。古典的な自由、例えば契約の自由、の制約。連邦裁判所の積極的な介入）の組み合わせである（福祉国家的介入にしても連邦裁判所の介入にしても、いずれにせよリベラリズムは「大きな連邦政府」を招来する）。そして *Carolee Products* 判決の脚注4の思想（および「二重の基準の理論」）を全面的かつ強力に展開したのがウォーレン・コートであった。このウォーレン・コートに対する理論的応答・反撃が保守主義憲法理論となるであろう。

現代アメリカ法学における保守主義は、例えばフェデラリスト・ソサエティの活動・主張によって知ることができ。フェデラリスト・ソサエティとは一九八二年にハーヴァード、スタンフォード、イエール、シカゴ大学の法学生によって創立された保守主義理論団体である。毎年数回の全国シンポジウムと各ロー・スクールでの講演会の開催を中心に活動している。現在、全米の四七のロー・スクールに支部があり、他の多くのロー・スクールでも支部設立が準備されている。フェデラリスト・ソサエティのシンポジウムには毎回アメリカの保守主義法律家が結集して、法理論の諸問題について議論がなされる。シンポジウムの記録はフェデラリスト・ソサエティの機関誌ともいふべき *Harvard Journal of Law and Public Policy* に掲載される。

フェデラリスト・ソサエティの「設立の趣旨」は、現代アメリカの保守主義が憲法理論的にはどのような形態をとるか、を端的に示している。

我々は次の諸原則から出発する。

——国家は個人の自由を維持するために存在する。

—— 経済的自由と政治的自由は分かち難く結び付いている。

—— 権力分立は我々の憲法のコアである。

—— 裁判所の職分・義務は断じて何が法であるかを述べることであり、何が法であるべきかを述べるのではない。

—— 客観的な解釈というこの任務は、人間が決して到達できないものではなく、我々は絶望して「リアリズム」の名において偏見に頼るべきではない。

—— 我々の憲法構造は「社会変革」の名のもとに裁判所がその立法的選択を押し付けることを意図していなかった。

—— この型の司法的立法は、人民による抑制を免れており、連邦政府権力を拡大する重要な手段であった。

—— この連邦政府権力の拡大は、個人が自分の運命をコントロールする能力を犠牲にして、また政府の支配力から人々を保護してきた家族、教会、財産、州などの中間団体を犠牲にして、なされてきた。

—— 法秩序の真の目的は、国家に付与された権力が人々の生命と財産の保護のために使われるように確保することであり、独立した裁判所の真の目的は、法秩序が主権者の意思の拡大という擬装に利用されることを防ぐことであるが、法秩序も裁判所も現在のところこれらの目的に仕えていない。

フェデラリスト・ソサエティはその活動を通じてこれら諸原則の認識を深め、その適用を促進しようとする。その活動には、個人の自由、伝統的価値、法の支配に力点をおくように法体系を再構成すること、法律家、裁判官、法学者の間でこれらの原則の重要性の認識を回復することが含まれる。これらの目標を達成しようとして、フェデラリスト・ソサエティは法曹界のあらゆるレベルに及ぶ保守主義の理論的ネットワークをつくりだしてきた。⁽³⁴⁾

このようなフェデラリスト・ソサエティのアメリカ憲法認識・規範的提言はボークの理論と重なり合うところが多

い。実際にボークはフェデラリスト・ソサエティの理論的指導者の一人として積極的に活動している。⁽³⁵⁾

三 保守主義としての法実証主義

ここでフェデラリスト・ソサエティの「設立の趣旨」の中に「裁判所の職分・義務は断じて何が法であるかを述べることであり、何が法であるべきかを述べることではない」という主張が含まれていることに注意を要する。フェデラリスト・ソサエティに代表される型の保守主義憲法理論は裁判官に法実証主義的な態度を要求するのである。

自然法論にしても法実証主義にしても、特定の政治的傾向と論理必然的に結び付くわけではない。アメリカ憲法理論についていえば、実体的デュー・プロセス理論は一種の自然法論⁽³⁶⁾といつてよいが、「法の適正な過程」という概念を解釈するとき、裁判官は「自然」に参照している）、ニューディール前の連邦最高裁が実体的デュー・プロセス理論によって社会改革立法を違憲としたとき、それは政治的社会的に保守的な意味を持った。そしてホームズ裁判官は法実証主義（道徳的価値的には懷疑主義・相対主義）の立場から実体的デュー・プロセス理論を批判した。それに対して、*Roe v. Wade*⁽³⁷⁾ の実体的デュー・プロセス理論は進歩的な意味を持っている。ドウウォーキンも指摘するように、現在のアメリカでは自然法論と法実証主義の政治的な含意がニューディール前とは逆転しているのである。⁽³⁸⁾

……法実証主義の旗じるしは今や政治的に右寄りの人々とともに行進している……。法に対する古い態度「自然権を認める考え方。引用者注」がリベラル派にとり一層魅力あるものとなり、これに対応して法実証主義的態度が保守派にとり一層魅力あるものとなったのである。⁽³⁹⁾

ボークのアプローチは一貫して法実証主義・価値相対主義である。

ある人の欲求充足は他の人の欲求充足よりも尊重に値するとか、ある型の欲求充足は他の型の欲求充足よりも価値がある、という判断を可能にするような原則はない。……なんらかの道徳的・倫理的価値体系に参照する以外にこれらの問題を解決する方法はない。そしてその道徳的・倫理的価値体系にはそれ自身の客観的・内在的な妥当性はない。道徳的・倫理的価値体系について人は見解を異にしうるし、現に異にしている。憲法典が道徳的・倫理的選択を表現していないときには、裁判官は自身自身の価値観以外の根拠を有していない。その裁判官の価値観に基づいて制定法に表現された社会の判断が排除されることになる。それは裁判所が優越するには十分な根拠とならない。社会の道徳的・倫理的価値の問題、ある行為が引き起こす苦痛の程度の問題は、法律の制定・執行によって解決される問題である。裁判所には制定法を公正に適用する以外に果たすべき役割はない。⁽⁴⁰⁾

ボークによれば「憲法制定の際になされた価値選択に明白に矛盾しないかぎり、裁判所は立法府のあらゆる価値選択を受け容れねばならない」。⁽⁴¹⁾ 実定法（憲法典、制定法）に示された価値選択以外に裁判所の行動を正当化するものは何もない。⁽⁴²⁾ 「道徳、価値判断、熟慮にかかわる問題はある。が、それらは政治の世界に属する。最広義において、それらは政治問題である」。⁽⁴³⁾ 「規制からの自由を主張する少数者と規制する権限を主張する多数者との間の対立は常に二つの集団の欲求充足の選択にかかわる」⁽⁴⁴⁾ が、憲法が価値選択を表現していないかぎり二つの欲求充足の間に優劣はないから、常に多数者の欲求充足が優越する。政治過程における数、つまり力が支配することになる。⁽⁴⁵⁾

法実証主義者ボークはまた実体的デュー・プロセス理論を厳しく批判する。グリスウォルド判決に始まる連邦最高

裁の一連のプライヴァシー判決は、その政治的な効果についてリベラル派と保守派が激突するが、憲法理論的には実体的デュー・プロセス理論という一種の自然法論に拠るゆえに、法実証主義的な傾向をもつ人々から攻撃される。ポークがこれらの判決を理論的に激しく攻撃するのは、彼の法実証主義による。⁽⁴⁶⁾

五日間にわたる上院司法委員会ヒアリングを通じて、バイデン委員長（民主党、デラウェア州選出、リベラル派）はグリスウォルド判決について何度もポークに質問した。そしてポークは基本的に同じ答えを何度も繰り返し返した。

私が反対するのはプライヴァシーの権利を創り出したやり方です。それは要するにこういうことです。ダグラス裁判官は、まったく正しいのですが、権利章典のいくつかの規定がプライヴァシーの諸側面を保護しているとみました。それはまったくそのとおりです。しかし彼はそこから進んでこう言います。……それらの規定は何物かを放射しているから、……「それらの規定には」新しいプライヴァシーの権利を創り出すような半影がある。そしてその新しいプライヴァシーの権利は憲法典のどの規定も適用されないところに成立する。……このようなやり方をするなら、ダグラス裁判官は、まったく同じように、こう言うこともできるのです。憲法典の諸規定は個人の自由を保護している。したがって、憲法典のどの規定も適用されないところに適用される一般的自由権が抽出される、と。これはまさにヒューゴー・ブラック裁判官がこの事件の反対意見において激しい言葉で批判したことでした……。⁽⁴⁷⁾

上院司法委員会のヒアリングを通じて、民主党リベラル派の上院議員がポークの連邦最高裁判決批判を問題にした際、自分の立場を弁明・補強するためにポークが法実証主義者ブラック裁判官の少数意見を何度も「援用」したことは注目される。⁽⁴⁸⁾

バイデン委員長がグリスウォルド判決についてボークを攻撃する背景には、バイデン委員長がヒアリングの冒頭で述べた次のような認識（「自然権の承認」）がある。

すべてのアメリカ人は一定の不可譲の権利をもって生まれると私は信ずる。神の子として、私の権利は合衆国憲法から引き出されたものではない、と私は信ずる。私の権利はいかなる政府から引き出されたものでもない。……私が存在するゆえに私は権利を持つ。⁽⁴⁹⁾

四 集団リベリズム⁽⁵⁰⁾批判

連邦最高裁はウォーレン・コート期以降、合衆国憲法第一四修正の平等保護条項⁽⁵¹⁾を解釈する際、人種など疑わしい区別を含んでいる立法や基本的権利が問題となっている立法は厳格に審査し、性による区別を含む立法は中間的に審査し、それ以外の立法（例えば経済規制）は最も抑制的に審査をしている（あるいはほとんど審査をしていない）。

平等保護条項の解釈適用がこのような形態をとるのは、*Carolee Products* 判決の脚注4にその起源をもつといえる。大づかみにいえば、疑わしい区別にしても基本的権利にしても、連邦最高裁は「社会の周縁で孤立している諸少数者」に向けられた立法を厳格に審査しているのである。

二〇世紀アメリカの政治過程は「集団の噴出」で特徴づけられる。二〇世紀中葉のアメリカで支配的であった多元主義は、政治過程を集団間の取引の場、「政治的市場」としてみたが、ニューデイル・リベリズム自身が集団間の取引という側面を持っている。連邦最高裁も、*Carolee Products* 判決の脚注4において「社会の周縁で孤立している諸少数者」という概念を打ち出したことによって、憲法解釈の場に「個人」の他に「集団」を持ち込んだ。これら

「社会の周縁で孤立している諸少数者」の集団は、取引の行われる政治過程（「議会への道」）から排除されがちなで、自分たちの権利を確保するために運動体をつくり、「裁判所への道」になだれ込んでくる。平等保護審査における「疑わしい区別」とは、どのような集団が裁判所によって保護されるべきか、という問題である。平等保護解釈の場に集団が導入されると、それは最終的には「割当数量」（quota）の導入へと至るであろう。

上院司法委員会のヒアリングにおいて、ボークはこのような連邦最高裁の平等保護解釈を批判した。

最高裁はこのように集団ごとに審査するやり方をとっています——つまり、ある集団は保護され、他の集団は保護されない。

……最高裁がこのような誤ったやり方をしているのは、……おそらく、我々は社会の周縁で孤立している諸少数者を保護しなければならぬとする *Carolee Products* 判決の脚注 4 として知られるアプローチを採ったからです。……しかし私は、各集団が異なった審査基準を持つとする、この集団ごとのアプローチは、理論的に整合的でないとおもいます。……もし原意主義のアプローチをとるならば、最も確実な指針はテキストですが、テキストは「何人も法の平等な保護を拒否されない」と述べています。……文言と歴史はこの集団ごとのアプローチが誤っていることを示しています。……この集団ごとのアプローチを採用すると、……どの集団がどの審査基準を得るのかについて政治的な選択をすることになるのです。⁽⁵²⁾

ボークは厳格な審査、中間的審査、合理性審査の三段階の審査基準を集団ごとに使い分ける現在の最高裁のアプローチをやめて、あらゆる立法に合理性審査基準（*reasonable basis test*）を適用し、立法の合理性を実質的に審査すべきだと主張する。⁽⁵³⁾ボークが主張する合理性の審査とは、最高裁が採用している最も抑制的な審査基準とは異なるもので、すべての事例を同じように実質的に審査するものである。これに対して、例えばバイデン委員長は、これは平等

保護を裁判官の主観的な裁量に委ねるもので首肯しがたいと述べている。⁽⁵⁴⁾

五 リベラル派知識人批判——下からの改革

上院司法委員会のヒアリングにおいて、グラスリー上院議員（共和党、アイオワ州選出、ボーク支持）が、「憲法制定当時、死刑は合衆国憲法第八修正が禁止する『残虐で異常な刑罰』にあたらなかったが、『残虐で異常な刑罰』の概念は時代とともに進化するから、いまでは死刑は『残虐で異常な刑罰』にあたる」という主張をどうおもうかと質問したのに対して、ボークはこう答えている。

もしその主張がこういう意味なら私はそれに賛成です。つまり、社会自身が、裁判官ではなくてアメリカ国民自身が、道徳を進化させたので、それが誤りになった、という意味ならば。もしそれが本当なら、議会制定法がその事実を反映して、死刑は廃止されるでしょう。……裁判官は自分自身の道徳を適用すべきではありません。⁽⁵⁵⁾

同じくグラスリー上院議員の質問に答えて、ボークはこうも述べる。

もし社会変革が憲法や制定法中の原則によって委任されるならば、裁判所は遠慮せずに社会変革をもたらすべきです。ブラウン判決は大きな社会変革をもたらしましたが、それはまったく適切なことでした。もし社会変革が裁判官がかくあるべしと考えるものならば、「そのような社会変革をもたらすべきではありません」。⁽⁵⁷⁾

「建国の父祖たちは裁判所に信頼を置いたばかりでなく、人民の良識に大きな信頼を置いた⁽⁵⁸⁾」とボークは理解する。二〇世紀後半のアメリカで、議会ではなくて裁判所が重大な政策選択することになったのは、一つには人民が政治過程において「自治」でなくなったからである。⁽⁵⁹⁾そしてそれは現代の我々の生活がますます「私化⁽⁶⁰⁾」(privatization)し、「公生活」(政治参加)が貧困になったことを意味する。保守主義にとっては、「自治能力」の低下に対する処方箋は、裁判所への依存ではなくて、「自治能力」の回復である。⁽⁶¹⁾

連邦最高裁のエリート主義的な社会変革(司法積極主義)に対するボークの批判はリベラル派知識人批判へと発展する。ボークに限らず現代アメリカの保守主義者は、現在のアメリカの思想界・文化界について、次のような認識を共有している。

現代のアメリカには大衆とは区別される知識人層が存在する。ここで知識人とは大学教員、ジャーナリスト、法律家、社会運動家など、思想・文化に関与し、大きな発言力を持つ人々を指す。アーヴィング・クリストルらネオ・コンサーヴァティヴによつて「ニークラス⁽⁶²⁾」と呼ばれるこの知識人層は大衆よりも進歩的な見解を持っている。「知識人層の左翼的・リベラルな価値観とブルジョア文化の支配的な価値観との間の大きな乖離は長年にわたつて存在してきたし、また広く認識されてきた。今世紀のほとんど全体にわたつてアメリカ知識人の政治的立場は不均衡なまでに進歩派、リベラル派、左翼の側にかたよつていた」⁽⁶³⁾。

政治過程における数を問題にすれば、知識人は少数者であり、より保守的な大衆が多数者である。したがつて進歩的な知識人にとっては議会にその主張を反映させることは決して容易ではない。裁判官・弁護士・法学者は知識人層の一部を構成するが、「法曹界およびロー・スクールは今のところ正統リベラル・イデオロギーによつて強く支配されている」⁽⁶⁴⁾。それゆえリベラル派知識人は議会よりも裁判所においてその主張を反映させる可能性が高い。彼らは「裁

判所への道」をたどる。リベラル派知識人の道徳や価値観が連邦最高裁の判決に流れ込んでくる。その結果「連邦最高裁は主要な政治的社会的問題について常にアメリカ政治における極左の政策選択を採用・推進してきた。しかも多くの場合アメリカ国民の多数の強い反対を乗り越えて、そうしてきた」⁽⁶⁵⁾。リベラル派知識人は裁判所を通じて「民主的には達成できないリベラル文化の諸原則を憲法の中に持ち込ん」⁽⁶⁶⁾のである。したがって、裁判官がリベラル派の価値観を憲法の中に読み込まないように、裁判官を憲法の「原意」で拘束しなければならぬ、とボークは考える。

ボーク指名はなぜかくも激しい闘争を引き起こしたのか。ボークによれば、「リベラル派は……リベラル文化の最も重要な勝利には憲法上の根拠がないということを示そうとする者を敗北させねばならなかった」⁽⁶⁷⁾からである。「リベラル派は法文化の支配をかけて闘った」⁽⁶⁸⁾。そしてこの闘争は「我々の文化におけるより大きな闘争の一部にすぎない。文化の枢要な部分として、法は思想の潮流・傾向を反映し、同時にそれに影響を与えるのである」⁽⁶⁹⁾。

IV 結語

アメリカ国民はボークの保守主義憲法理論をどう評価したか。

ボーク判事の論稿にみられる明確なテーマの一つは、ウォーレン・コートの憲法解釈は正統性を欠いている、……という彼の見解である。ボーク判事をめぐる闘争は上院と国民にウォーレン・コートについて熟考することを要求した。皮肉なことに、多くの人はそれが期待される裁判所であると結論した。……ある意味で、ボーク闘争は、一八年前に終わったウォーレン・コートに対する、遅れてやってきた国民投票であった。⁽⁷⁰⁾

自らが上院に拒否されることによって、ボークはウォーレン・コートの正統性を高めたことになる。いずれにせよ、レーガンが大幅につくりかえた連邦裁判所はこれからどのような法形成をおこなうか、また保守主義憲法理論はどのように展開していくか、注意を払う必要がある。

(上院がボークを拒否してちょうど三年が経過した一九九〇年一月三日)

- (1) ロバート・ニスベット著富沢克・谷川昌幸訳『保守主義—夢と現実』一四四頁(一九九〇)。
- (2) ラルフ・ネーダー・グループ著海外市民活動情報センター訳『レーガン政権の支配者たち』二八—三九頁(一九八三) 参照。
- (3) See Ethan Bronner, *Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America* (1989).
- (4) George Anastaplo, *The Constitution of 1787: A Commentary*, at 112 (1989).
- (5) Herman Schwartz, *The Senate's Right To Reject Nominees*, *New York Times*, July 3, 1987.
- (6) See A. L. Todd, *Justice on Trial: The Case of Louis D. Brandeis* (1964).
- (7) See John Massaro, *Supremely Political: The Role of Ideology and Presidential Management in Unsuccessful Supreme Court Nominations* (1990).
- (8) レーガンの前任者、カーター元大統領は下村満子とのインタビューの中で「レーガン大統領は、私がアメリカの将来のために積み重ねてきたものを、全部こわしてしまった」と述べているが(『朝日ジャーナル』一九九〇年一月九日号五八頁)、これは連邦裁判所判事の任命についても妥当する。カーターはマイノリティと女性の判事を多数任命した。レーガン政権の初期には、カーターが任命した連邦控訴裁判所判事の判決が連邦最高裁で覆されることが多かった。
- (9) Joseph R. Tybor, *Reagan's Judges*, *Chicago Tribune*, April 17, 1988, at 1.
- (10) *New York Times*, June 27, 1987, at 1.
- (11) *New York Times*, July 2, 1987, at 9.
- (12) *New York Times*, July 2, 1987, at 8.
- (13) See Michael Pertschuk and Wendy Schaezel, *The People Rising: The Campaign against the Bork Nomination* (1989).
- (14) William F. Buckley, Jr., *The Bork Appointment*, *National Review*, July 31, 1987, at 14.
- (15) *Hearings*, *infra* note 18, at 696.
- (16) 「クリスチャン・ヴォイス」とはキリスト教ニューライトの団体。テレビ、ラジオ番組をもっている。上坂昇『現代アメリカの保守勢力——政治を動かす宗教右翼たち——』一一四—一一八頁(一九八四)。

- (17) *Hearings, supra* note 18, at 696-7
- (18) *Hearings on the Nomination of Robert H. Bork to Be Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, Committee on the Judiciary, United States Senate, 100th Congress, 1st Session, September 15-19, 21-23, 25, 28-30, 1987 (Washington U.S. Government Printing Office, 1989).
- (19) *Report on the Nomination of Robert H. Bork to Be an Associate Justice of the United States Supreme Court*, Committee on the Judiciary, United States Senate, October 13, 1987 (Washington U.S. Government Printing Office, 1987)
- (20) See Bronner, *supra* note 3
- (21) Robert H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, at 279-92, 345-9, (1990).
- (22) Mortimer Adler, Robert Bork - Lessons to Be Learned, 84 *New U. L. Rev.* 3201 (1990). 「彼[ボーク]はシカゴ大学の学生であつたと著者がゆる価値判断の客観的妥当性を疑つ懷疑主義を教へ込まれ、非認知倫理学理論——価値判断は願望や命令を表現する主観的な偏見であるとの理論——に傾倒してゐた[シカゴ大学]哲学科の影響を受けた」。at 3205.
- (23) *Hearings, supra* note 18, at 153
- (24) Robert Bork, *Civil Rights—A Challenge. New Republic*, August 31, 1963, at 22, 24.
- (25) 佐々木毅『現代アメリカの保守主義』（一九八四）。
- (26) Robert Bork, The Supreme Court Needs a New Philosophy, *Fortune*, December 1968.
- (27) *Hearings, supra* note 18, at 252.
- (28) Robert H. Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, 47 *Ind. L.J.* 1 (1971).
- (29) 野坂泰司「憲法解釈における原意主義（上・下）」『ジュリスト』九二（六）号六一—六六頁 九二七号八一—八五頁（一九八九）。
- (30) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- (31) *Hearings, supra* note 18, at 117
- (32) Bork, *supra* note 28, at 7-11
- (33) *United States v. Carolene Products Corporation*, 304 U.S. 144 (1938)
- (34) Statement of Principles, *The Federalist Society for Law and Public Policy Studies* (introductory pamphlet, 1986).
- (35) E.g., Robert Bork, The Crisis in Constitutional Theory: Back to the Future, Address to The Philadelphia Society, April 3, 1987, *Hearings, supra* note 18, at 797-806.
- (36) 高柳賢三「司法権の優位」七二—九八頁（一九五八）。
- (37) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). この判決のインパクトの一面面について Akinko Kimijima, Fetal Experimentation Ban: A History, 早稲田大学大学院『法研論集』四九号一一—一頁（一九八九）。

- (38) この点に関連して、浦田賢治「日本の司法審査制——最高裁判所裁判官の法イデオロギー——」『早稲田法学』五八巻三号——三三頁（一九八三）は示唆に富む。「一九五〇年代に、田中氏の『法の支配』観念を強調する自然法主義が有力に展開され、ついで一九六〇年代になると、横田氏の『民主主義』観念を強調する法実証主義が主張された。日本の憲法と司法審査制をめぐる二つの大きな法イデオロギー「は」、このような時系列のもとにこのようなものとして開陳された」（三二頁）が、田中耕太郎の自然法論も横田喜三郎の法実証主義も「いずれも、実は日本の司法審査制の運用について、政治部門の行為の合憲性を推定するような司法消極主義を弁証する役割を果たしてきた」（三三頁）。
- (39) ロナルド・ドゥウオーキン著木下毅・小林公・野坂泰司共訳「権利論」、日本語版へのエビローグ、三三八頁（一九八六）。
- (40) Bork, *supra* note 28, at 10.
- (41) *Id.* at 10-11.
- (42) See, e.g., *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. American Cyanamid Company*, 741 F.2d 444 (1984) しかし、このような「厳格解釈主義」、裁判官の領分を徹底的に封じ込めようとする考え方は、ボズナー判事によつて批判されている。ボズナーはそのような態度をリアリズム法学が出現する前の「法形式主義」への逆行とみる。Richard A. Posner, What Am I? A Potted Plant? The Case against Strict Constructionism, *New Republic*, September 28, 1987, at 23-5.
- (43) Bork, *supra* note 28, at 12.
- (44) *Id.* at 9.
- (45) 同じ保守主義者でも Straussian からは、合衆国憲法の「原意」は決してホークらの主張するような法実証主義的なものではなくて、むしろ自然権／自然法を承認するものである、という批判がでつてゐる。Harry V. Jaffa, What Were the "Original Intentions" of the Framers of the Constitution of the United States? 10 *U. of Pa. L. Rev.* 351 (1987). Harry V. Jaffa, The Closing of the Conservative Mind, *National Review*, July 9, 1990, at 40-43. 「原意主義の法学は必然的に——決定的に——自然法／自然権の法学とつながる」 at 41.
- (46) See, e.g., *Dronenburg v. Zech*, 741 F.2d 1388 (1984).
- (47) *Hearings, supra* note 18, at 117.
- (48) E.g., *Id.* at 117, 155, 712.
- (49) *Id.* at 97.
- (50) セオドア・ロウ著村松岐夫監訳『自由主義の終焉』八七頁（一九八一）。
- (51) 憲法的権利としての平等を議会制定法（人権法）で具体化・実現していく過程について、Akiko Krimjama, Discriminatory Employment Advancement, 早稲田大学大学院『法研論集』四七号——一二頁（一九八八）。
- (52) *Hearings, supra* note 18, at 702-3, 706.
- (53) E.g., *Id.* at 253-7.

- (54) *Id.* at 699-700.
- (55) *Id.* at 267.
- (56) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) 君島東彦「ブラウン判決の生誕」『法の科学』一七号一七一―一八一頁（一九八九）。
- (57) *Hennings*, *supra* note 18, at 262.
- (58) *Id.* at 151.
- (59) George Anastaplo, Justice Brennan, Natural Right, and Constitutional Interpretation, 10 *Cardozo L. Rev.* 201, 204-5 (1988) Anastaplo, Bork on Bork, 84 *Nw U. L. Rev.* 2615-6 (1990)
- (60) *Hennings*, *supra* note 18, at 837-40 Anastaplo, *supra* note 59, *Nw* at 2616
- (61) Anastaplo, *supra* note 59, *Nw* at 2615, *Cardozo* at 204-5
- (62) Irving Kristol, *Two Cheers for Capitalism*, at 25-31 (1978).
- (63) Bork, *supra* note 21, at 242
- (64) *The Federalist Society for Law and Public Policy Studies*, *supra* note 34.
- (65) Buckley, *supra* note 14, at 15.
- (66) Bork, *supra* note 21, at 9
- (67) *Ibid*
- (68) *Ibid*
- (69) *Id.* at 10
- (70) Linda Greenhouse, A Deeper Dimension The Senators, Judging Bork, Try to Define Conservatism, *New York Times*, October 11, 1987, Section 4, at 1.

I thank George Anastaplo of Loyola University of Chicago and the University of Chicago who in various ways helped me with this article.

本稿の未定稿について、早稲田大学の浦田賢治教授と立命館大学の久保史郎教授から有益なコメントをいただいた。御礼申し上げます。